

PREVIDÊNCIA SOCIAL. EMENDA CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.

Jesus Costa Lima

Ministro aposentado do Superior Tribunal de
Justiça e Advogado militante.

A Previdência Social Pública divide-se em dois sistemas: Plano de Seguridade Social — PSS, que abrange, só e só, os servidores titulares de cargos efetivos (CF, art. 40) e o Regime Geral de Previdência Social — RGPS (CF, art. 201) onde se abrigam os demais assalariados.

Tanto um quanto outro têm caráter contributivo e retributivo. Significa que o filiado de qualquer um dos Sistemas contribui, a fim de que, implementados os requisitos legais, receba a contrapartida, o benefício, a aposentadoria. Os servidores descontam 11% (onze por cento) sobre o valor global da remuneração, sendo estabelecido um teto máximo para a contribuição e para os benefícios dos participantes do RGPS, em torno de dez salários mínimos. Trata-se de fundamento político e jurídico nuclear da seguridade social. A efetividade do benefício é o objetivo que atrai e fundamenta a contribuição, e esta é condição para que aquela se cumpra. Um dos princípios básicos da Previdência Social Pública consiste na responsabilidade constitucionalmente assumida pelo Estado de, por exemplo, preenchidos os requisitos eleitos para a aposentadoria, retribuí-la. É destituída de fundamento lógico-jurídico a assertiva feita alhures de que, pelo simples fato de o aposentado deixar de vestir-se e tomar transporte para ir trabalhar, gasta menos, obteve um ganho extra. Logo, deve voltar a contribuir para a Previdência Social.

A aposentadoria “... é a garantia de inatividade remunerada reconhecida aos servidores que já prestaram longos anos de serviços, ou se tornam incapacitados para as suas funções” — **Hely Lopes Meirelles**⁽¹⁾.

(1) “Direito Administrativo Brasileiro”, 21ª ed., Malheiros, pág. 391.



É a “Cessação das atividades do agente público que, tendo completado o tempo de serviço, exigido por lei, tem o direito subjetivo público de requerer o **status** de inatividade remunerada com a percepção integral dos proventos”. (**José Cretella Júnior**⁽²⁾).

Discorrendo sobre o tema, **Lúcia Valle Figueirêdo**⁽³⁾ adverte:

“A aposentadoria não oferece problemas maiores no pertinente aos aspectos novos trazidos pelo texto constitucional. Todavia, algumas questões remanescem: a primeira é a relativa à mudança de normas constitucionais, desde que implementado o tempo, independentemente do fator idade, para a aposentadoria voluntária por tempo de serviço. A segunda alcançaria as situações em que a idade possibilita a aposentadoria proporcional. E, a terceira, em que o tempo de serviço inferior ao normal também faria possível a aposentadoria proporcional (art. 40, III, **a, b, c e d**). Em todas essas situações — sem embargo de emenda constitucional poder vir dispor diferentemente — entendemos assegurada aos funcionários ou servidores a aposentadoria *se, antes da mudança constitucional* que vier, *se vier, já tiverem implementado os requisitos*, apenas ainda os que não tiverem requerido suas aposentadorias”. “É autêntica situação do direito incorporado a patrimônio, porém ainda não exercido. Em face do art. 60, § 4º, IV, do Texto Constitucional, a supressão de direitos e garantias individuais não poderia ser feita por emenda à Constituição. De conseguinte, segundo entendemos, menos muito, ainda por revisão”.

Não se pode esquecer de que a Constituição consagra como um dos objetivos da seguridade social a irredutibilidade do valor dos benefícios; o qual “deve ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado”... — art. 194, parágrafo único, IV, c/c o art. 14 da EC-20, de 15.12.98.

De outro modo, a mesma Constituição assegura a irredutibilidade dos proventos os quais, ao revés, devem ser reajustados sempre que for modificada a remuneração dos servidores em atividade — CF, art. 40, § 8º (EC-20/98).

Gravar os proventos de quem se aposentou no regime de isenção plena assegurado pela Carta original de 1988, é violentar a garantia fundamental do direito adquirido, — art. 5º, XXXVI, da Constituição, que somente pode ser modificado por outro poder constituinte originário.

(2) “Dicionário de Direito Administrativo”, Forense, págs. 44/45.

(3) “Curso de Direito Administrativo”, 2ª ed., Malheiros, págs. 402/403.

Há muitos anos que o Ministro Carlos Velloso sustenta: “Se é a própria Constituição que consigna o princípio da não-retroatividade, seria uma contradição consigo mesmo se assentasse para todo o ordenamento jurídico a idéia do respeito às situações jurídicas constituídas e, simultaneamente, atentasse contra este conceito”... “Um direito adquirido por força da Constituição, obra do Poder Constituinte originário, há de ser respeitado pela reforma constitucional, produto do Poder Constituinte instituído, ou de 2º grau, vez que este é limitado, explícita e implicitamente, pela Constituição” (“Direito Adquirido”, RDP 21/78, segts.).

Penso que é apressada a conclusão de que, a simples aprovação da Emenda proposta pelo Executivo tendente a possibilitar a cobrança da contribuição previdenciária de quem, ao se aposentar segundo a lei da época, dela estava isento, estará obrigado a voltar a contribuir para a Previdência. Houve quem afirmasse que o Supremo Tribunal Federal não garante direito adquirido a “regime jurídico”, como se fosse uma grande descoberta, coisa que nenhum Juiz ignora. Relembremos, então, o que é regime jurídico e, ao depois, o que seja direito adquirido; o que uma Emenda Constitucional pode modificar.

Originariamente, a Carta de 1988 (art. 39) instituiu o “Regime Jurídico Único” para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. O fato de que a EC-19/98 tenha excluído a menção ao RJU não significa que possa ser adotado, indiscriminadamente o regime da CLT, ou outro qualquer. Permanecem, ainda hoje, o regime previsto na Lei nº 8.112, de 11.12.90 (estatutário), e o da Consolidação das Leis do Trabalho. Em suma, há servidores titulares de *cargos* e servidores ocupantes de *empregos*, com regimes jurídicos diversos.

A “Relação jurídica que interliga o Poder Público e os titulares, de cargo público, como já foi dito — e ao contrário do que se passa com os empregados —, não é de índole contratual, mas *estatutária*, institucional”⁽⁴⁾.

No regime estatutário os interesses públicos básicos avultam porque os servidores se constituem em instrumentos de atuação do próprio Estado. Portanto, ressalvadas as causas constitucionais impeditivas, o servidor não tem garantia à imutabilidade regime. O Poder Público pode, unilateralmente, modificá-lo. Porém, adquirido um direito sob o império da Constituição, este permanece.

Por fim, quem está aposentado não integra mais qualquer daqueles regimes jurídicos, pois não exerce cargo, função ou emprego público. Não pleiteia a garantia de regime jurídico, porém que lhe seja preservado o seu

(4) Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 2ª ed., Malheiros, 1999, pág. 183.

direito adquirido, respeitada a Constituição ainda em vigor.

O Poder constituinte não é suscetível de questionamentos, enquanto que as Emendas sofrem as limitações da própria Constituição — art. 60, § 4º.

Observa, com a pertinência costumeira, **Celso Antônio Bandeira de Melo**⁽⁵⁾:

“Assim, uma vez que o Texto Constitucional inadmite Emenda fira direitos e garantias individuais (art. 60, IV) — e não somente os arrolados no art. 5º, inclusive por assegurar, ainda, no 2º deste preceptivo, que os direitos expressos não excluem outros decorrentes de seus princípios — é forçoso concluir que os vencimentos dos atuais servidores *validamente constituídos* (*portanto*, os confrontados aos limites impostos no art. 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988), não podem ser afetados pelo “Emendão” porque, se tal se desse haveria: a) ofensa a *direito adquirido* cuja proteção estava e está assegurada no art. 5º, XXXVI, da Constituição, dada a irredutibilidade que lhes conferia o § 2º do art. 39, em sua primitiva redação; b) ofensa a um direito e garantia individual, pois a *garantia expressa da irredutibilidade de vencimentos*, naqueles termos, era, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, *um direito individual do servidor*.”

Segue-se que, os atuais servidores aposentados adquiriram o direito de não contribuir para a Previdência segundo as regras da Constituição originária, as quais podem ser alteradas, mas com vigência para o futuro, não podendo retroagir para aniquilar direitos individuais adquiridos.

Portanto, o Legislativo pode aprovar a Emenda Constitucional preparada pelo Executivo, contudo não terá sucesso de vê-la incidir sobre os proventos dos atuais inativos, ou daqueles que se aposentarem até que ela entre em vigor.

(5) Obra citada, págs. 214/5.